

Het gezag over minderjarige kinderen en de andere levensgezel

*Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de Erasmus
Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en
familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen*

Tekst voor omslag

De auteur gaat in op de rechtspositie van de zogenaamde ‘andere levensgezel’ in het kader van gezag dat hij tezamen met de ouder over een minderjarig kind kan uitoefenen, zoals voorgesteld in wetsvoorstel 29 353

1. Inleiding

Op 23 november 2005 heeft het Tweede Kamerlid voor D66 Van der Laan een (gewijzigd) amendement ingediend in het kader van wetsvoorstel 29 353 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 BW met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag.¹ Dit amendement strekt ertoe de rechtspositie van de zogenaamde ‘andere levensgezel’ te regelen met het oog op gezag dat hij tezamen met de ouder over een minderjarig kind kan uitoefenen. Het gaat om het nieuwe art. 1:253sb. Naar huidig recht wordt in het gezagsrecht alleen de positie van echtgenoten en geregistreerde partners naar behoren geregeld, maar krijgen andere levensgezellen nauwelijks aandacht van de wetgever. Het (gewijzigd) amendement brengt hierin verandering. Hierna bespreek ik kort de reikwijdte van de nieuwe bepaling.

2. De reikwijdte van het nieuwe art. 1:253sb

Om de draad niet kwijt te raken in het toch al zeer ingewikkelde gezagsrecht, in het bijzonder wanneer het gaat om het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder, volgt hier eerst de nieuwe indeling van de desbetreffende afdeling van titel 1.14 BW (Het gezag over minderjarige kinderen), waarvan het nieuwe art. 1:253sb als een aparte paragraaf deel uitmaakt.

Afdeling 1.14.3A. Gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder (art. 1:253sa-253y).
Paragraaf 1.14.3A.1. Het gezamenlijk gezag van rechtswege van een ouder tezamen met een ander dan een ouder (art. 1:253sa).

Paragraaf 1.14.3A.1a. Het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder krachtens rechterlijke beslissing, dat bij de geboorte van het kind kan ingaan (art. 1:253sb).

Paragraaf 1.14.3A.2. Het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder krachtens rechterlijke beslissing (art. 1:253t-253v).

Paragraaf 1.14.3A.3. Gemeenschappelijke bepalingen inzake het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder (art. 1:253w-253y).

In art. 1:253sb gaat het niet om de echtgenoot of geregistreerde partner, maar om de andere levensgezel van de moeder. Art. 1:253sb lid 1 bepaalt dat, indien het gezag over het kind waarvan een vrouw zwanger is, naar alle waarschijnlijkheid bij die vrouw alleen zal komen te berusten (bedoeld is: op grond van art. 1:253b, behoudens toepasselijkheid van art. 1:246), de rechtbank op gezamenlijk verzoek van die vrouw en een ander die anders dan als echtgenoot

¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 15.

of geregistreerde partner haar levensgezel is, hen gezamenlijk met het gezag over het kind kan belasten.²

De term ‘andere levensgezel’ is voor het eerst in ons recht geïntroduceerd in 1982, toen titel 1.19 BW betreffende het meerderjarigenbewind in werking trad.³ Het gaat om art. 1:432 lid 1, dat o.a. de andere levensgezel van de rechthebbende het recht toekent instelling van het bewind over het vermogen van laatstgenoemde te verzoeken. Merkwaaardigerwijs is dit novum indertijd nergens toegelicht, noch in het algemene gedeelte van de memorie van toelichting, noch in de artikelsgewijze toelichting.⁴ Men zal moeten aannemen dat het gaat om samenwoners (samenlevers) op affectieve grondslag, die niet met elkaar zijn gehuwd of als partners geregistreerd, al dan niet met een (onderhands of notarieel) samenlevingscontract. Interessant is de vraag of ook een nauwe bloedverwant van de ouder, bijvoorbeeld diens broer, zus of ouder, dus de oom, tante of grootouder van het kind, onder ‘andere levensgezel’ valt. Voor de toepassing van art. 1:253t kan deze nauwe bloedverwant namelijk inderdaad onder ‘een ander dan de ouder’ vallen.⁵ Juist omdat in art. 1:253sb lid 1 de term ‘levensgezel’ wordt gebruikt en niet de term ‘een ander dan de ouder’, zoals in art. 1:253t lid 1, ga ik ervan uit dat Van der Laan de nauwe bloedverwant niet onder levensgezel wil begrijpen. Ik meen dit ook te kunnen afleiden uit de toelichting op haar amendement, waarin zij spreekt over de bedoeling ervan, te weten: andere levensgezellen de mogelijkheid te bieden om de rechter reeds vóór het tijdstip van de geboorte binnen hun relatie van het kind te verzoeken hen met het gezamenlijk gezag te belasten.⁶ Als het gaat om een nauwe bloedverwant van de moeder, kan men immers niet spreken over de geboorte van het kind binnen de relatie van die moeder en haar bloedverwant.

Het gezamenlijk gezag van de moeder en haar levensgezel begint ingevolge art. 1:253sb lid 2 op het tijdstip waarop het kind wordt geboren dan wel, indien de beslissing die de benoeming inhoudt, eerst nadien gevolg krijgt, op de dag waarop die beslissing in kracht van gewijsde is gegaan of, indien zij uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, daags nadat de beschikking is verstrekt of verzonden. Het gezamenlijk gezag treedt niet in, indien het kind op een tijdstip als in de vorige volzin bedoeld, tevens tot een ander dan de moeder in familierechtelijke betrekking staat (bijvoorbeeld als een man met toestemming van de moeder het kind prenataal heeft erkend). Art. 1:253sb lid 3 komt overeen met art. 1:253sa lid 2.

De rechtbank hoeft in geval van toepassing van art. 1:253sb dus alleen maar vast te stellen of in het concrete geval sprake is van een ‘andere levensgezel’. Een nauwe persoonlijke betrekking – ‘family life’ – tussen de andere levensgezel en het kind is hier natuurlijk, anders dan in art. 1:253t lid 1, niet aan de orde, omdat het kind nog moet worden geboren.

Het amendement voorkomt blijkens de toelichting dat er na de geboorte nog een periode van onzekerheid ten aanzien van het gezag ontstaat, bijvoorbeeld wanneer de moeder, die op basis van art. 1:253b alleen het gezag zal hebben, inmiddels ernstig ziek zou zijn geworden. Zo’n onzekerheid is niet in het belang van het kind.⁷

Van der Laan merkt vervolgens in de toelichting op haar amendement op:

De in het amendement voorgestelde regeling is van belang voor lesbische paren.⁸

² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 15, p. 2.

³ Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981, 283, in werking getreden op 1 september 1982, houdende onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen.

⁴ *Kamerstukken II* 1978/79, 15 350, nr. 1-3, p. 9-18 respectievelijk p. 19 onder art. 1:432.

⁵ Aldus M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2006, nr. 219.

⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 15, p. 2.

⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 15, p. 3.

⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 15, p. 3.

Deze opmerking is onjuist, althans onvolledig. De thans voorgestelde regeling is *in het bijzonder* van belang voor lesbische paren, maar zij is zeker niet daartoe beperkt. De levensgezel van de moeder kan immers ook een man zijn, omdat de tekst van het amendement in art. 1:253sb lid 1 de volgende passage bevat: ‘die vrouw en een ander die anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner haar levensgezel is’. De bepaling is dus, wat de andere levensgezel betreft, volstrekt geslachtloos geformuleerd. Als Van der Laan de nieuwe regeling had willen beperken tot lesbische paren, had zij deze anders moeten redigeren. Zij had dan moeten spreken over de ‘levensgezellin’ of – op dezelfde wijze als in art. 1:228 lid 1, onder f, slot, betreffende een van de adoptievoorwaarden is geschied – over de ‘levensgezel van gelijk geslacht’. Zolang de tekst van het amendement niet wederom wordt gewijzigd, ga ik ervan uit dat ook de M/V-relatie binnen het bereik van dit amendement valt.

Voor zover art. 1:253sb lid 1 de mannelijke levensgezel van de moeder op het oog heeft, moet het gaan om een man die het kind niet heeft erkend. De andere levensgezel moet immers een ander dan de ouder zijn, terwijl de erkenner (juridisch) ouder is op grond van art. 1:199, aanhef en onder c, jo. art. 1:203. Als de mannelijke levensgezel van de moeder het kind wél heeft erkend, heeft het kind twee ouders, die het gezag gezamenlijk kunnen uitoefenen na een desbetreffende aantekening door de griffier van de rechtbank in het gezagsregister (art. 1:252 jo. art. 1:244). Daartoe is niet langer noodzakelijk dat de ouders deze aantekening van gezamenlijk gezag ook daadwerkelijk gezamenlijk verzoeken aan de griffier. De woorden ‘op hun beider verzoek’ in art. 1:252 lid 1 zijn immers sinds 27 mei 2005 geen geldend recht meer.⁹ De Hoge Raad besliste toen dat deze woorden een ongeoorloofde beperking opleveren van het door art. 6 lid 1 EVRM aan de vader gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van zijn aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op ‘the exercise of parental rights’. Voor deze beperking bestaat onvoldoende grond.¹⁰ Dit leidt ertoe dat in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM art. 1:253c lid 1 voortaan aldus moet worden uitgelegd – ‘verdragsconforme interpretatie’ dus – dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdig, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind kan verzoeken.¹¹ Binnenkort is dit niet alleen het geldende recht, maar ook de geldende wet, want in het kader van wetsvoorstel 29 353 worden soortgelijke regels voorgesteld. Ingevolge de eerste nota van wijziging op dit wetsvoorstel komt de nieuwe tekst van art. 1:253c lid 1 te luiden als volgt:

De tot het gezag bevoegde vader van het kind, die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder heeft uitgeoefend, kan de kantonrechter verzoeken de ouders met het gezamenlijk gezag dan wel hem alleen met het gezag over het kind te belasten.

Uiteraard dient mutatis mutandis hetzelfde te gelden voor de moeder, hetgeen de nieuwe tekst van art. 1:253c lid 4 als volgt tot uitdrukking brengt:

Een verzoek om de ouders met het gezamenlijk gezag te belasten als bedoeld in het eerste lid, kan ook door de moeder worden gedaan.¹²

3. Afstammingsrechtelijke gelijkstelling?

Terloops maakt Van der Laan nog de volgende, bepaald niet onbelangrijke, opmerking in de toelichting op haar amendement:

⁹ Aldus HR 27 mei 2005, NJ 2005, 485, m.nt. JdB, AA 2006, p. 368-372, m.nt. AJMN (eenzijdig verzoek ongehuwde vader tot gezamenlijk gezag ontvankelijk?).

¹⁰ Aldus rechtsoverweging 3.4 van de in noot 9 genoemde beschikking van de Hoge Raad.

¹¹ Aldus rechtsoverweging 3.5 van de in noot 9 genoemde beschikking van de Hoge Raad.

¹² Kamerstukken II 2004/05, 29 353, nr. 8, p. 1-2, onderdeel Bb.

Met het amendement wordt een begin gemaakt met een gelijkstelling van kinderen, geboren binnen de relatie van twee vrouwen, die uiteindelijk moet leiden tot óók afstammingsrechtelijke gelijkstelling.¹³

Bedoeld zal wel zijn de gelijkstelling van kinderen, geboren binnen een V/V-relatie, met kinderen, geboren uit een M/V-relatie. Deze opmerking gaat naar mijn mening veel te ver. Er is geen enkele reden het afstammingsrecht op zijn kop te zetten door kinderen, geboren binnen een lesbische relatie, afstammingsrechtelijk gelijk te stellen met kinderen, geboren uit een heteroseksuele relatie. Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod zijn hier niet in het geding. Een M/V-relatie is wezenlijk anders dan een V/V-relatie. Mannen en vrouwen zijn, zeker in het afstammingsrecht, niet gelijk, maar wel gelijkwaardig. Gelijkheid en gelijkwaardigheid zijn twee totaal verschillende aangelegenheden. Men moet mannen en vrouwen *naar de mate van het mogelijke* gelijk behandelen, maar juist in het afstammingsrecht is dat nu net niet in alle opzichten mogelijk. Weliswaar is dit in het adoptierecht anders in die zin, dat een kind twee juridische vaders of twee juridische moeders kan hebben, maar daar gaat het dan ook om *fictieve* afstamming.

Voor zover men in dit verband – dus voor de toepassing van het afstammingsrecht – al wil spreken van discriminatie, gaat het hier om geoorloofde discriminatie, te weten: het maken van onderscheid *naar de mate van ongelijkheid*, en dat is nergens verboden, ook niet in art. 14 EVRM. Overigens werkt Van der Laan haar gedachten hierover niet verder uit. Zou zij bijvoorbeeld denken aan de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke levensgezel van de moeder of aan de wenselijkheid van de regel dat ook de echtgenote van de moeder ten tijde van de geboorte van het kind moeder, dus juridisch ouder is, analoog aan art. 1:199, aanhef en onder a, dat voor de vader is geschreven? Dat wordt uit de toelichting op haar amendement niet duidelijk. Wij zullen nieuwe wetgevingsinitiatieven op dit punt moeten afwachten, die er overigens wat mij betreft niet behoeven te komen.

Zelf ben ik van mening dat de wetgever al ver genoeg is gegaan door in het gezagsrecht de M/V-relatie, de V/V-relatie en de M/M-relatie zoveel mogelijk met elkaar gelijk te stellen, maar zelfs in het gezagsrecht is dat niet geheel mogelijk. Zo verschilt met name de M/M-relatie van de beide andere soorten relaties, omdat bij twee mannen het gezag meestal niet van rechtswege kan ontstaan. Zij zullen in de meeste gevallen actie moeten ondernemen ter verkrijging van gezamenlijk gezag. Alleen als twee mannen met elkaar zijn gehuwd en een kind hebben geadopteerd, hebben zij van rechtswege gezag over dit kind op grond van art. 1:251 lid 1. In alle andere gevallen van gezamenlijk gezag van twee mannen is er een handeling nodig en ontstaat geen gezag van rechtswege. Zo zullen twee mannen in het geval van art. 1:252 een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister moeten laten plaatsen door de griffier van de rechtbank. In het geval van art. 1:253t zullen zij zich tot de rechtbank moeten wenden ter verkrijging van gezamenlijk gezag. In het geval van art. 1:282 zijn zij afhankelijk van een benoeming tot gezamenlijke voogden door de rechter en ten slotte zijn zij in het geval van art. 1:292 afhankelijk van een benoeming tot gezamenlijke voogden door een ouder in diens uiterste wilsbeschikking.

De verschillen tussen de drie soorten relaties zijn naar mijn oordeel volstrekt gerechtvaardigd. In wezen zijn deze verschillen terug te voeren op de biologie, dat wil zeggen: op het feit dat uitsluitend bij heteroseksuele paren kan worden gezegd dat een kind ‘uit’ hun relatie wordt geboren. Bij lesbische paren kan hooguit worden gezegd dat een kind ‘binnen’ hun relatie wordt geboren. Bij mannelijke homoseksuele paren kan noch het een, noch het ander worden gezegd. Dat is ook precies de reden waarom de art. 1:253aa en 253sa, die gezag van rechtswege mogelijk maken bij geboorte van een kind staande een geregistreerd partnerschap van een man en een vrouw dan wel staande een geregistreerd partnerschap of een huwelijk van twee vrouwen, nooit kunnen worden toegepast op een relatie van twee mannen. Zo zit het

¹³ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 353, nr. 15, p. 3.

menselijk lichaam nu eenmaal in elkaar: vrouwen kunnen kinderen baren en mannen kunnen dat niet. Zo simpel is het. Biologische verschillen werken door in het personen- en familierecht. Anders gezegd: biologische verschillen tussen man en vrouw mogen ook juridische verschillen tussen hen met zich brengen. Als volledige gelijkstelling van M/V-relaties, V/V-relaties en M/M-relaties in het gezagsrecht al niet kan worden bereikt, dan is dit a fortiori onmogelijk in het afstammingsrecht. Wanneer geraken met name de linkse politieke partijen hiervan nu eens een keer overtuigd?

4. Ten slotte

Ten slotte kan ik het niet nalaten op deze plaats mijn verbazing uit te spreken over de traagheid waarmee de Tweede Kamer – althans familierechtelijke – wetsvoorstellen behandelt. Wetsvoorstel 29 353 is op 3 december 2003 (!) bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt, dus meer dan drie jaren geleden.¹⁴ Waarom laat de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel dan zo lang op zich wachten? Nu weet ik ook wel dat deze behandeling enigszins is vertraagd door het (gewijzigd) amendement betreffende het naamrecht, eveneens van de hand van Van der Laan.¹⁵ Vanwege het ingrijpende karakter van dit amendement moest de Raad van State uiteraard advies hierover uitbrengen, maar dat is al gebeurd op 6 april 2006, zodat de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel allang achter de rug had kunnen zijn.¹⁶

Het is niet te hopen dat het met het onderhavige wetsvoorstel dezelfde kant opgaat als met wetsvoorstel 28 867 betreffende de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht. Daarvan is de schriftelijke behandeling al voltooid op 14 december 2005 met de indiening van de derde nota van wijziging.¹⁷ De plenaire behandeling van dit wetsvoorstel heeft echter nog steeds niet plaatsgevonden en het ziet ernaar uit dat dit pas in het voorjaar van 2007 (!) zal gaan gebeuren. Er is dus meer dan een jaar lang helemaal niets gebeurd met dit wetsvoorstel. Dat is toch onvoorstelbaar en onaanvaardbaar? Laten wij hopen dat de Tweede Kamer in haar nieuwe samenstelling van eind november 2006 een wat grotere slagvaardigheid aan de dag zal leggen dan de ‘oude’ Tweede Kamer!

¹⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 353, nr. 1-2, p. 1.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 18.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 20.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 12.